



Recursos nº 681/2015, 693/2015, 696/2015 y 704/2015

C.A. Galicia 83/2015, 88/2015, 89/2015 y 90/2015

Resolución nº 703/2015

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a de 24 de julio de 2015

VISTO el recurso interpuesto por D. G.A.S., actuando en nombre y representación de la entidad mercantil URBASER, S.A., el recurso interpuesto por D.M.F.B., en nombre y representación de la empresa CESPA COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PÚBLICOS AUXILIARES,S.A. (en adelante, CESPA), el recurso interpuesto por D. S.D.Z., en nombre y representación de la entidad mercantil ASCAN EMPRESA CONSTRUCTORA Y DE GESTIÓN y D. D.D.Z., en nombre y representación de la mercantil GENERAL DE ASFALTOS Y SERVICIOS,S.L. (en adelante, ASCAN-GEASER) y el recurso interpuesto por D. C.M.P.M. en nombre y representación de CIVIS GLOBAL S.L. y D. A.A.P.B. en nombre y representación de la empresa FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. como integrantes de la U.T.E. FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A. Y CIVIS GLOBAL,S. L. contra el acuerdo de adjudicación del contrato de “Gestión del servicio público de limpieza urbana, recogida y transporte de residuos sólidos urbanos (excluida la fracción de vidrio) y gestión del punto limpio, mediante modalidad de concesión”, adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Riveira (A Coruña) el 5 de mayo de 2015, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Ayuntamiento de Riveira convocó mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de A Coruña número 198, de fecha 16 de octubre de 2014 el procedimiento abierto con tramitación ordinaria y multiplicidad criterios de adjudicación relativo al “contrato de gestión del servicio público de limpieza pública urbana, recogida y

transporte de residuos sólidos urbanos (excluida la fracción de vidrio), y gestión del punto limpio, mediante la modalidad de concesión, en el Ayuntamiento de Riveira” con un valor estimado de 1.798.806,50 euros IVA excluido.

Segundo. Tramitado el procedimiento administrativo de contratación de conformidad con lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP) y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en fecha 25 de febrero de 2014, el Pleno del Ayuntamiento de Riveira acuerda la adjudicación del contrato referido a favor de la empresa RECOLTE SERVICIOS Y MEDIOAMBIENTE,S.A.U (en adelante, RECOLTE) por ser el licitador que ha obtenido una mayor puntuación según la propuesta formulada por la Mesa de Contratación.

Tercero. Mediante escrito de fecha 15 de junio de 2015, presentado ante el Registro General del Ayuntamiento de Riveira en dicha fecha por D. G.A.S. actuando en representación de la entidad mercantil URBASER, S.A. se anuncia la interposición de recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación de 5 de mayo de 2015, con sello de salida de 2 de junio de 2015.

Posteriormente, mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal en fecha 18 de junio de 2015 se interpone el recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación de 5 de mayo de 2015, adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Riveira. Este recurso se tramita bajo el número 681/2015.

Por medio del recurso presentado, la mercantil recurrente pretende la nulidad de todo el procedimiento de licitación con base en el artículo 37.1.a) del TRLCSP dada la calificación que del contrato que nos ocupa defiende y, con carácter subsidiario, pretende que se acuerde la retroacción del procedimiento para, una vez levantada la confidencialidad, poder acceder a la documentación de la oferta del adjudicatario, RECOLTE, y poder, en su caso formular debidamente nuevo recurso especial en materia de contratación.

En apoyo de sus pretensiones argumenta, en síntesis, lo siguiente:

El contrato cuya adjudicación es objeto del presente recurso debe ser calificado como un contrato de servicios y no como un contrato de gestión de servicios públicos en modalidad de concesión y ello con base en la inexistente traslación del riesgo de la concesión al contratista. En consideración a esta calificación del contrato, la recurrente con base en el artículo 142.1 del TRLCSP en relación con el artículo 37.1a) del TRLCSP defiende la nulidad de pleno derecho del procedimiento de licitación ante la ausencia de la publicación de la convocatoria en el Diario Oficial de la Unión Europea.

La declaración de confidencialidad de la documentación de la oferta de la adjudicataria resulta injustificada e improcedente puesto que abarca la totalidad de su oferta, lo que le impide poder tener acceso a la propuesta de la adjudicataria a los efectos de poder determinar si la misma cumple o no con las prescripciones de los Pliegos de Condiciones y, en definitiva, si la adjudicación resulta o no ajustada a Derecho.

Cuarto. La Secretaría del Tribunal, mediante sendas comunicaciones enviadas en fecha 2 de julio de 2015, dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, habiendo sido evacuado el trámite conferido por la entidad RECOLTE SERVICIOS Y MEDIOAMBIENTE,S.A.U mediante escrito de alegaciones presentado en fecha 8 de julio de 2015 ante el Registro de este Tribunal y, por la UTE VALORIZA-SOIL RECOVERY mediante escrito presentado en la misma fecha ante este Tribunal.

Quinto. Mediante escrito de fecha 5 de junio de 2015, presentado ante el Registro General del Ayuntamiento de Riveira en fecha 8 de junio de 2015 por D. M.F. en nombre y representación de la empresa CESPА COMPАÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PÚBLICOS AUXILIARES, S.A. se anuncia la interposición de recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación de 5 de mayo de 2015, con sello de salida del registro del citado Ayuntamiento de 2 de junio.

Posteriormente, mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal en fecha 19 de junio de 2015, se interpone el recurso especial en materia de contratación contra el citado acuerdo de adjudicación adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Riveira. Este recurso se tramita bajo el número 693/2015.

A través del recurso presentado, la entidad CESPAS insta que se *“dicte resolución por la que se revoque, anule y/o deje sin efecto el citado acuerdo de adjudicación y acuerde, la retroacción de las actuaciones ordenando al Órgano de Contratación la exclusión de las ofertas de las mercantiles RECOLTE, UTE ASCAN-GEASER, UTE VALORIZA - SOIL y URBASER y la valoración de las restantes ofertas ajustadas a las disposiciones del pliego de licitación, con arreglo a los criterios de valoración fijados en el mismo con adjudicación de la licitación a favor de la entidad que represento por ser la oferta que ha obtenido más puntuación después de las empresas que debieron ser excluidas, y, subsidiariamente para el caso de no ser estimada esta pretensión, se acuerde la anulación de todo el procedimiento de contratación”*.

Sexto. La Secretaría del Tribunal, mediante sendas comunicaciones enviadas en fecha 2 de julio de 2015, dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, habiendo sido evacuado el trámite conferido por la UTE ASCAN-GEASER, RECOLTE, URBASER y la UTE VALORIZA-SOIL RECOVERY mediante sus respectivos escrito de alegaciones presentados en fecha 8 de julio de 2015 ante el Registro de este Tribunal.

Séptimo. Mediante escrito, presentado ante el Registro General del Ayuntamiento de Riveira en fecha 19 de junio de 2015 por D. S.D.Z., en nombre y representación de la entidad mercantil ASCAN EMPRESA CONSTRUCTORA Y DE GESTIÓN y D. D.D.Z., en nombre y representación de la mercantil GENERAL DE ASFALTOS Y SERVICIOS,S.L, (en adelante, ASCAN-GEASER) se anuncia la interposición de recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación de 5 de mayo de 2015, con sello de salida del registro del citado Ayuntamiento de 2 de junio.

Posteriormente, mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal en fecha 22 de junio de 2015, se interpone el recurso especial en materia de contratación contra el citado acuerdo de adjudicación adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Riveira. Este recurso se tramita bajo el número 696/2015.

A través del recurso presentado, la entidad ASCAN-GEASER suplica que *“se declare el acuerdo recurrido nulo o en su defecto anulable, retrotrayendo las actuaciones al*

momento anterior al dictado del acuerdo de adjudicación para que vuelva a emitir con la adecuada puntuación y motivación y tras los trámites anteriores continúe el proceso de licitación resolviendo la adjudicación del mismo”.

Octavo. La Secretaría del Tribunal, mediante sendas comunicaciones enviadas en fecha 2 de julio de 2015, dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, habiendo sido evacuado el trámite conferido por la adjudicataria RECOLTE mediante escrito de alegaciones presentado en fecha 8 de julio de 2015 ante el Registro de este Tribunal

Noveno. Mediante escrito, presentado ante el Registro General del Ayuntamiento de Riveira en fecha 19 de junio de 2015 por D. C.M.P.M. en nombre y representación de CIVIS GLOBAL S.L. y D. A.A.P.B. en nombre y representación de la empresa FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. como integrantes de la U.T.E. FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A. Y CIVIS GLOBAL,S.L. se anuncia la interposición de recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación de 5 de mayo de 2015.

Posteriormente, mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal en fecha 20 de junio de 2015, se interpone el recurso especial en materia de contratación contra el citado acuerdo de adjudicación adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Riveira. Este recurso se tramita bajo el número 704/2015.

A través del recurso presentado, la entidad recurrente suplica que:

“a) se acuerde la nulidad del acuerdo recurrido, y se retrotraiga el procedimiento al momento de apertura de las ofertas del sobre B efectuado el 22 de enero de 2015, y se proceda a una nueva valoración de las mismas, bien por los técnicos municipales o caso de que se externalice dicho informe, se contrate en el modo legalmente establecido a técnicos de solvencia reconocida con el objeto del contrato, debiendo su informe ajustarse a los criterios y parámetros señalados en los Pliegos Administrativos y Técnicos, y una vez se reciba por el Órgano de contratación, motive y fundamente la valoración definitiva;

b) se excluyan del concurso a aquellas empresas que hayan incluido en el sobre B documentación que deberá ir en el sobre C, en concreto a aquellas que han incluido facturas o que hayan incluido presupuestos

c) se declare que es nulo y contrario a derecho no permitir a esta UTE y resto de empresas licitadoras tener acceso a las ofertas del sobre B y C de la mercantil Recolte Servicios y Medio Ambiente SL por no haber concretado qué elementos de las mismas son confidenciales y haberlo justificado, por lo que se deberá permitir el acceso a dicha oferta en todo aquello que no sea estrictamente confidencial por razones de mercado”.

Décimo. La Secretaría del Tribunal, mediante sendas comunicaciones enviadas en fecha 2 de julio de 2015, dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen. habiendo sido evacuado el trámite conferido por la UTE ASCAN-GEASER, RECOLTE, URBASER y la UTE VALORIZA-SOIL RECOVERY mediante escritos de alegaciones presentados en fecha 8 de julio de 2015 ante el Registro de este Tribunal.

Undécimo. Mediante acuerdo de fecha 7 de julio de 2015, común a los recursos nº 681/2015,693/2015,696/2015 y 704/2015, este Tribunal ha acordado mantener la suspensión automática del procedimiento de contratación producida de conformidad con lo establecido en el artículo 45 del TRLCSP.

Duodécimo. El órgano de contratación ha emitido informe al recurso 681/2015 con fecha 20 de julio de 2015 del que resulta que, a su juicio, procede la desestimación del mismo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 46.1 del TRLCSP en relación con el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las

Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, este Tribunal ha decidido la tramitación acumulada de los recursos 681, 693, 696 y 704 de 2015 al interponerse todos ellos contra el mismo acuerdo de adjudicación existiendo, en consecuencia, una íntima conexión entre los mismos.

Segundo. Este Tribunal es competente para resolver el presente recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.4 del TRLCSP y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Galicia, publicado mediante resolución de la Subsecretaria de Hacienda y Administraciones Públicas, de 12 de noviembre de 2013 en el BOE el día 25 de noviembre.

Tercero. De conformidad con lo dispuesto en el art. 42 del TRLCSP, URBASER, S.A., CESPAS, ASCAN-GEASER y la U.T.E. FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A. Y CIVIS GLOBAL, S.L. en su condición de licitadores en el procedimiento de contratación están legitimados para la interposición, respectivamente, de los presentes recursos especiales en materia de contratación.

Cuarto. En cuanto al plazo de interposición del recurso, debemos estar a lo dispuesto en el artículo 44 del TRLCSP que establece lo siguiente: “Artículo 44. Iniciación del procedimiento y plazo de interposición.

“1. Todo aquel que se proponga interponer recurso contra alguno de los actos indicados en el artículo 40.1 y 2 deberá anunciarlo previamente mediante escrito especificando el acto del procedimiento que vaya a ser objeto del mismo, presentado ante el órgano de contratación en el plazo previsto en el apartado siguiente para la interposición del recurso.

2. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4. (...)”

En consecuencia, teniendo en cuenta la fecha en que se remite la notificación del acto que se impugna y las fechas de interposición de los recursos especiales que se tramitan, debe entenderse que el presente recurso ha sido interpuesto en plazo.

Quinto. Los presentes recursos especiales en materia de contratación se dirigen contra el acuerdo por el que se decide la adjudicación del contrato de “Gestión del servicio público de limpieza urbana, recogida y transporte de residuos sólidos urbanos (excluida la fracción de vidrio) y gestión del punto limpio, mediante modalidad de concesión” adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Riveira (A Coruña) el 5 de mayo de 2015 y con un valor estimado de 1.798.806,50 euros IVA excluido. Acto que es susceptible de recurso especial en materia de contratación por lo que a continuación se indicará.

Sexto. Entrando a analizar los diferentes motivos de impugnación alegados en los distintos recursos especiales en materia de contratación que son objeto de la presente resolución, hemos de partir del relativo a la calificación del contrato que nos ocupa para, a continuación, examinar si con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica del contrato concurre alguna infracción del ordenamiento jurídico que pudiera determinar la nulidad de pleno derecho del acto que se impugna tal y como se alega en primer lugar en el recurso tramitado con el número 681/2015 interpuesto por URBASER,S.A.

Pues bien, como ya hemos señalado, tanto el anuncio de licitación, como en el PCAP se configura el contrato como de *“gestión de servicio público..., mediante la modalidad de concesión”*.

No obstante lo anterior, la previa calificación de este contrato como de gestión de servicio público, no excluye la posibilidad de que, como hemos manifestado en otras resoluciones, el Tribunal compruebe si tal calificación se corresponde con lo establecido al respecto en la Ley de Contratos del Sector Público.

Como señalábamos en la resolución número 154/2011 de 1 de junio, *“la razón que fundamenta esta potestad del Tribunal se encuentra en el propio carácter de la regulación del recurso especial en materia de contratación. En efecto, la posibilidad de recurrir a*

través de la vía del recurso especial en materia de contratación viene impuesta por las normas de la Directiva 89/665/CEE, en la redacción dada por la 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007, del Parlamento y el Consejo Europeo”. Aceptar la calificación que hace el PCAP “y considerar, por ello, que el contrato está excluido de la posibilidad de recurrir los actos preparatorios y del procedimiento de adjudicación que a él se refieren, podría constituir una infracción de la Directiva mencionada”.

Como también señalábamos en la citada resolución, del examen de las definiciones en el TRLCSP del contrato de gestión de servicios públicos en su modalidad concesional y del contrato de servicios, se deduce una diferencia esencial: *“en la concesión de servicios la cesión de la gestión se hace siempre a cambio de asumir la explotación del servicio, mientras que en el caso del contrato de servicios la contrapartida a la prestación del servicio consiste exclusivamente en el abono de un precio. Esto significa que mientras en la concesión de servicios el concesionario asume el riesgo de la explotación del mismo, de tal forma que su mayor o menor retribución dependerá en todo caso del mayor o menor uso que del servicio hagan los destinatarios, en el contrato de servicios la retribución del empresario se fija en el contrato y no depende de ninguna circunstancia vinculada a la utilización del servicio”.*

Partiendo de lo que acaba de exponerse y puesto que es la asunción de riesgo por parte del concesionario lo que caracteriza al contrato como concesión de servicios, debemos examinar la configuración de la contraprestación en el PCAP a este respecto.

Del examen del PCAP y en concreto de la cláusula cuarta relativa a los “Importes del Contrato” resulta que, el énfasis es nuestro:

“El presupuesto máximo ANUAL del contrato, sin incluir la prima de eficiencia a la que se refiere el Pliego de cláusulas técnicas, asciende a la cuantía de UN MILLÓN NOVECIENTOS SETENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y SIETE EUROS CON QUINCE CÉNTIMOS (1.978.687,15 €), incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) según el siguiente detalle:

- Valor estimado ANUAL del contrato: 1.798.806,50 euros
- IVA 10%: 179.880,65 euros
- Precio total ANUAL del contrato: 1.978.687,15 euros

Las ofertas no podrán superar el presupuesto máximo señalado.

El sistema de determinación del precio es a tanto alzado. Los licitadores deberán valorar el coste de sus suministros y servicios de acuerdo con el alcance y condiciones establecidos en los documentos que forman parte de la convocatoria, teniendo en cuenta que el precio será fijo y no podrá sufrir revisión alguna durante la ejecución del contrato, excepto en las condiciones especificadas en este pliego.

A todos los efectos, se entenderá que en las ofertas que se presenten estarán incluidos todos los gastos que el adjudicatario deba realizar para el cumplimiento de las prestaciones contratadas, como son los generales, financieros, beneficio, seguros, transportes, dietas y desplazamientos, honorarios del personal técnico, comprobaciones y ensayos, tasas, visados, emisión de certificados y toda clase de tributos, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), etc.(...)”

En materia de revisión de precios, la Cláusula vigésimo segunda del PCAP establece que:

“Tal y como establece el artículo 89.1 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por el Real decreto legislativo 3/2011, del 14 de noviembre, la revisión del precio de este contrato podrá tener lugar cuando haya transcurrido el primer año de ejecución del contrato, sin que sea necesario que se hubiese ejecutado el 20% de la prestación.

- A solicitud del contratista, el componente fijo (Cf) será actualizado en función de la evolución de los precios de los principales componentes de la estructura de costes del servicio. Las actualizaciones nunca podrán realizarse antes de que hayan transcurrido 12

meses contados desde la fecha de la última actualización o desde la formalización del contrato. En el caso de la actualización inicial, tomará como base el mes en que se produce la firma de contrato.(...)

- Los ingresos por gestión de recogida selectiva (Irs): Dado que se ingresan directamente por el contratista r serán abonados por terceros, los ingresos obtenidos no serán objeto de actualización, garantía o compensación por parte del Ayuntamiento de Riveira.

- Prima de eficiencia en la recogida selectiva (Ei): Se calculará anualmente en base a los datos históricos. A fin de evitar problemas de estacionalidad, se realizará en todo momento en base a la comparación de períodos de 12 meses consecutivos, no cabiendo abonos por fracción de años”.

Y, en relación a la forma de pago, la Cláusula vigésimo séptima del PCAP, señala que:

“Conforme a la Disposición Adicional Trigésimo Tercera del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, el contratista tendrá obligación de presentar la factura que expidiese por los servicios prestados ante el correspondiente registro administrativo a efectos de su remisión al órgano administrativo o unidad a quien corresponda la tramitación de la misma.

El pago se realizará, una vez presentada cada factura mensual, previo informe favorable de los técnicos municipales. Los pagos mensuales correspondientes a la doceava parte (1/12) del valor de adjudicación, con las correspondientes actualizaciones, serán facturados a día 1 de cada mes”.

Por tanto, se establece una retribución fija mensual al contratista por parte del Ayuntamiento, respecto a la cual, el Pliego de Prescripciones Técnicas descompone en tres conceptos, así, la Cláusula tercera del PPT señala que:

“La retribución del contratista (Re) estará compuesta por tres factores:

$$RC= Cf + Irs + E_j$$

Siendo:

i. Cf : Precio fijo del contrato. Comprende los servicios de limpieza viaria y recogida de residuos, salvo la parte de este último servicio cubierta por el componente de ingresos por gestión de recogida selectiva. Para el primer año de contrato, este precio asciende a un máximo de 1.886.494,19 euros/año, IVA incluido.

ii. Irs : Ingresos por gestión de recogida selectiva: El contratista percibirá como ingreso del servicio todos los ingresos procedentes de la entrega a gestor de envases ligeros, papel y cartón y cualquier otra fracción selectiva que gestione. Se entienden comprendidos en este componente los ingresos derivados de la entrega realizada durante el período de ejecución del contrato, quedando excluidos posibles ingresos devengados por el contrato anterior y abonados durante la vigencia del contrato (atrasos, pagos correspondientes a mensualidades previas a la formalización del contrato...) Estos ingresos han sido considerados en el anteproyecto de explotación, minorando la cantidad fija (Cf) a percibir por el contratista.

iii. Ej: Prima de eficiencia en la recogida selectiva: Dado el creciente coste de la gestión de los residuos que no han sido objeto de recogida selectiva, se plantea un modelo de ahorro compartido, en el que se prima el ahorro en coste de gestión de la bolsa negra. Para ello, el contratista recibirá una bonificación o penalización vinculada a la evolución del ratio de generación de residuos no separados en origen ponderado por población, según la siguiente fórmula...”

Así, de todo lo expuesto se desprende que la retribución al contratista por parte del Ayuntamiento no deviene de la explotación de un servicio sometido a la incertidumbre de la demanda y de los precios de mercado, sino de la prestación de un servicio público obligatorio a usuarios determinados y sin competencia a cambio de un precio prefijado en la adjudicación por lo que, a juicio de este Tribunal, la figura del contratista lejos de asimilarse al concesionario se asimila a lo que en términos de la Directiva 2007/18 y la propia LCSP denomina prestador de servicios.

Si bien es cierto que el precio del contrato se descompone en tres sub-apartados, también lo es que la cifra fija representa hasta un 90% del precio del contrato tal y como se reconoce por la propia adjudicataria en su escrito de alegaciones a este recurso. El hecho de que los otros dos sub-apartados (Irs y Ei) que representan, a juicio del propio adjudicatario el 10% del precio, sean relevantes para la propia viabilidad de la concesión y que dependan de la gestión o prestación que realice el adjudicatario no supone, por sí mismo, que nos encontremos en presencia de un contrato de concesión de servicio público ya que, por una lado, como hemos señalado existe una retribución fija a favor del contratista que se abona por el Ayuntamiento y por otro lado y con carácter fundamental, porque la posibilidad de percibir una tarifa/ingreso de los usuarios del servicio no altera en modo alguno la apreciación de que, en el contrato que nos ocupa, no se produce, siquiera parcialmente, la traslación al contratista del riesgo derivado de la ejecución del contrato y que la incertidumbre sobre los rendimientos de la concesión en que se traduce a juicio de la adjudicataria estos ingresos, que recordemos representan el 10% del precio del contrato, no deriva de la utilización que del servicio hicieran los usuarios.

A la vista de lo anterior, entiende este Tribunal que en realidad nos encontramos ante un contrato de servicios en el que la retribución del contratista la satisface directamente el Ayuntamiento independientemente del grado de utilización de los servicios por los usuarios sin que el contratista asuma riesgo alguno en la explotación del servicio.

En relación a ello, debe traerse a colación la reciente Resolución de este Tribunal 548/2015, de 12 de junio en la que señalábamos que:

“Por lo que se refiere a la caracterización del contrato, ya hemos tenido ocasión de razonar que sí que puede cuestionarse al impugnar la adjudicación, puesto que el tipo contractual de que se trate no puede quedar desnaturalizado por el hecho de no haberse impugnado los pliegos.

Hay que analizar el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el de Prescripciones Técnicas para determinar cuál es la naturaleza jurídica real del contrato licitado. El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares señala que el objeto del

contrato es la gestión del servicio público de Recogida de Residuos, Limpieza Urbana y Gestión del Ecoparque, bajo la modalidad de concesión.

Ahora bien, tal y como viene reiterando este Tribunal en numerosas resoluciones, el elemento característico de toda concesión de servicios públicos consiste en la asunción por el contratista de la totalidad o de una parte significativa de los riesgos derivados de la explotación de dicho servicio. Con base en dicha premisa, hemos abordado la diferenciación entre el contrato de servicios y la concesión de servicio público. Así, por ejemplo, en la Resolución nº 634/2014, de 12 de septiembre, tras indicar que la nota sustancial que distingue un contrato de servicios de otro de gestión de un servicio público es que en este último el adjudicatario asume el riesgo de la explotación, señalábamos que en los términos en que se define la “concesión de servicios” en la Directiva 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión (artículo 5.1), implica “la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación... abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable”.

Insistiendo en esta consideración, en la Resolución 141/2015, de 13 de febrero, tomando también como referencia informes sobre esta materia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, puntualizábamos que la asunción del riesgo de explotación por el concesionario resulta indispensable para atribuir a la relación jurídica que examinemos la condición de concesión de servicios. Las restantes condiciones, el hecho de que la prestación vaya destinada de forma directa a su utilización por los particulares y que la organización del servicio se encomiende en mayor o menor grado al concesionario son consecuencias, bien del mismo concepto de servicio público que tiene el objeto de la concesión, bien de la propia exigencia de asunción del riesgo derivado de la explotación del servicio.

Como, asimismo, se refleja en esta última Resolución, en relación con la asunción de riesgo por parte del prestador del servicio público, cabe citar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2009 (petición de decisión prejudicial; Asunto C-206/08 Eurawasser) en la que se concluía que “El hecho de que, en el marco de un contrato de servicios, la otra parte contratante no obtenga el pago de una remuneración directa por parte de la entidad adjudicadora sino que obtenga el derecho a recaudar una remuneración de terceros, basta para que dicho contrato se califique como «concesión de servicios», en el sentido del artículo 1, apartado 3, letra b), de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, siempre que la otra parte contratante asuma la totalidad, o, al menos, una parte significativa, del riesgo de explotación que corre la entidad adjudicadora, incluso si dicho riesgo es, desde el inicio, muy limitado debido a la configuración jurídico pública de los servicios”.

Parece patente así que el elemento al que es preciso acudir para determinar la naturaleza del contrato no puede ser solamente la mera materia sobre que versa, sino que hay algo más que diferencia entre los contratos de servicios y las concesiones de servicios: la existencia de transmisión de riesgos al contratista. En el caso que ahora nos ocupa, el elemento central al que cabe acudir para determinar si puede haberse producido la transmisión del riesgo al contratista es la forma de retribución del mismo, ya que mientras en la concesión de servicios el concesionario asume el riesgo de la explotación, de tal forma que su mayor o menor retribución dependerá, en todo caso, del mayor o menor uso que del servicio hagan los destinatarios, en el contrato de servicios la retribución del empresario se fija en el contrato y no depende de ninguna circunstancia vinculada a la utilización del servicio.

Una vez sentada esta doctrina general hay que contrastarla con lo establecido en los Pliegos que rigieron la contratación.

En este sentido, la Cláusula 30ª del Pliego de Administrativas (reiterado más brevemente en la 16 del de Técnicas) contempla que la valoración de los trabajos se ajustará al

sistema de determinación de precios establecido en el Pliego de Condiciones Técnicas (...).

El concesionario tendrá derecho al abono del precio de los trabajos efectivamente realizados por (sic) el Ayuntamiento con arreglo a las condiciones establecidas en el contrato.

Mensualmente los Servicios Técnicos Municipales redactarán la certificación de los servicios prestados durante el mes. Las certificaciones recogerán los importes de los servicios prestados realmente, empleando para su valoración los resultados de la inspección municipal y los precios unitarios de los distintos elementos que conforman el precio global de los servicios, de acuerdo con el desglose de los mismos efectuado por el contratista en su oferta.

El Ayuntamiento podrá optar en todo momento, por evaluar las certificaciones de enero a diciembre, ambos meses incluidos, por la doceava parte del precio anual, que considerarán a cuenta de la liquidación que se practique a final de año en la que se valorarán todos los servicios prestados, realmente en el mismo.

Por su parte, el Pliego de Prescripciones Técnicas, en su Anexo nº 6, punto 4.3 establece que los licitadores propondrán el porcentaje destinado a beneficio industrial que habrá de aplicarse a todos los presupuestos de ejecución material. Dicho beneficio industrial deberá situarse en el 6%.

La Cláusula 24ª del Pliego de Administrativas contempla la revisión de precios, una vez transcurrido el primer año desde la formalización del contrato, siendo revisados una vez al año, al alza o a la baja. Se actualizará por aplicación directa del 85% de la variación del índice anual deflactor PIB.

Hay que tener en cuenta, además, que el importe total del contrato se descompone en otros parciales y, éstos, a su vez, en precios unitarios. Estos precios unitarios no hacen referencia a magnitudes variables tales como el número de toneladas recogidas o la

superficie que ha de limpiarse, sino que van referidos a costes de personal, vehículos y maquinaria y contenedores que el licitador se ha comprometido a adscribir al contrato, por lo que el precio a abonar no variará sustancialmente como consecuencia de las fluctuaciones en la prestación.

La Cláusula 29ª se refiere a la modificación del contrato, en el que incluye el caso de que afecten al régimen económico financiero del contrato. Se limita a reproducir la regulación del TRLCSP, por cuanto en las posibles medidas de restablecimiento del equilibrio económico del contrato cita la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, cuando en este caso, se abona el precio por parte de la Administración.

Por último, en la Cláusula 23ª se prevé que corresponde al adjudicatario asumir la financiación de las inversiones del servicio que se le adscriben (...) Para hacer frente a dicha financiación, el concesionario percibirá mensualmente la cantidad de 5.068 euros, cuantía que incluye el pago de intereses y la amortización del capital (...) Corresponderá al Ayuntamiento satisfacer al concesionario la cantidad pendiente de amortización en el momento de finalización o resolución del contrato, cualquiera que sea su causa.

Así las cosas, en el presente contrato observamos como la remuneración del contratista se abona directamente por la Administración contratante, mediante pagos mensuales, previéndose cláusula de revisión de precios, sin que quepa advertir de las cláusulas del pliego que el riesgo derivado de la explotación del servicio sea asumido por el concesionario. En efecto, si bien en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares se realiza una declaración formal de que el servicio se gestionará a riesgo y ventura del concesionario, no existe ninguna previsión específica de que ello realmente vaya a ser así, es decir, de que los ingresos de aquel dependan del mayor o menor uso del servicio que hagan los destinatarios, limitándose ese proclamado riesgo y ventura al que es propio de todo contrato administrativo, mientras que en el caso del contrato de gestión de servicios públicos resulta característico, adicionalmente, el que la retribución del contratista dependa de los rendimientos de su explotación, algo que aquí no se contempla, refiriéndose el pliego al abordar el riesgo y ventura del contratista a los efectos sobre el mismo de determinadas modificaciones del objeto de los servicios a prestar, cuestión distinta que aquí no nos corresponde abordar.

Conviene advertir aquí, adicionalmente, que, si bien es cierto que los pliegos establecen un sistema de inspección del servicio por parte del Ayuntamiento y que el precio a abonar puede resultar condicionado por su resultado, ello no es suficiente para concluir que nos encontramos en presencia de una concesión. Citamos a este efecto a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 22/09, de 25 de septiembre de 2009, previamente reseñado, donde se indica que “no existe concesión cuando el mayor o menor volumen de los ingresos del empresario depende exclusivamente de que éste, sea en cumplimiento de sus obligaciones o no, preste mejor o peor el servicio o, si se prefiere, se acomode o no a determinados estándares o indicadores de control de calidad en su prestación, sino cuando su retribución depende de los rendimientos de su explotación.”

Sentado lo anterior, resulta evidente que en el caso presente no es apreciable la asunción por el contratista de riesgo derivado de su explotación, como consecuencia de la prestación compensatoria de la Administración. Ello significa que al no existir dicha asunción de riesgo, el contrato no puede ser calificado como de concesión de servicio público.

Por consiguiente, y dado que se trata de un contrato cuyo valor estimado es superior a 207.000 euros, no existe duda alguna que se trata de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada incluido dentro del ámbito del recurso especial en materia de contratación”.

Por todo ello, de acuerdo con lo anteriormente expuesto y las consideraciones que se hacen en la citada Resolución de 12 de junio de 2015, debe entenderse que el contrato que nos ocupa es de servicios y no de concesión de servicio público tal y como fue calificado.

Séptimo. Calificado el contrato que nos ocupa como contrato de servicios, que se encuentra comprendido en las categorías 1 a 16 del Anexo II del TRLCSP, en particular dentro de la categoría 16: C PV 90500000-2 :Servicios relacionados con desperdicios y residuos y, cuyo valor estimado es superior a 207.000 euros, debe concluirse que nos encontramos ante un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada. En

consecuencia, procede analizar el primero de los motivos de impugnación en que se fundamenta el recurso 681/2015.

Así, la recurrente con base en el artículo 142.1 del TRLCSP en relación con el artículo 37.1.a del TRLCSP defiende la nulidad de pleno derecho del procedimiento de licitación ante la ausencia de la publicación de la convocatoria en el Diario Oficial de la Unión Europea. Alegación que debe tener favorable acogida.

En efecto, nos encontramos con que, tratándose de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, la licitación debió haberse publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea, de conformidad con el artículo 142.1 del TRLCSP, y, sin embargo, ello no ha tenido lugar.

Esto infringe así lo dispuesto en el citado art. 142.1, y la falta de publicación en el DOUE que conlleva constituye un vicio de nulidad de pleno Derecho conforme al art. 37.1.a) del TRLCSP (*“Los contratos sujetos a regulación armonizada a que se refieren los artículos 13 a 17, ambos inclusive, de esta Ley así como los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a 207.000 euros serán nulos (...) Cuando el contrato se haya adjudicado sin cumplir previamente con el requisito de publicación del anuncio de licitación en el «Diario Oficial de la Unión Europea», en aquellos casos en que sea preceptivo, de conformidad con el artículo 142”*).

Así pues, la errónea calificación del contrato en el PCAP ha resultado determinante de que en el procedimiento de licitación se haya incurrido en un vicio de nulidad de pleno derecho, no ya sólo conforme a la expresa previsión del citado art. 37.1.a), sino, asimismo, atendiendo al supuesto contemplado en el art 62.1.e) de la LRJPAC, al haberse prescindido de un trámite esencial en el procedimiento de contratación, cual es la publicación en el DOUE, por lo que debe entenderse que se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

En idénticos términos se expresaba la Resolución 548/2015, de 12 de junio. Además, en la Resolución nº 394/2014, de 19 de mayo, ya dijimos que: *“Sin embargo, habida cuenta de que la omisión del trámite de publicidad en el ámbito de la Unión Europea no sólo vulnera lo dispuesto en el artículo 142.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y los artículos 35 y 36 de la Directiva 2004/18/CE, sino que, sobre todo, supone una ruptura radical del principio de publicidad tal como es regulado en la normativa comunitaria, es preciso profundizar acerca de la posible estimación del motivo alegado, considerando que la licitación convocada adolecería de un vicio de origen calificable como nulidad de pleno derecho. En efecto, la falta de publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea supone la vulneración de uno de los principios fundamentales de la contratación pública en la medida en que constituye el medio a través del cual es posible dar cumplimiento al principio de concurrencia, fundamento de toda la regulación comunitaria sobre la materia, y sustento de los principios de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia que consagra de modo expreso en su considerando segundo la Directiva que antes hemos mencionado.*

Constituye, por tanto, la publicación de la convocatoria en el DOUE un trámite fundamental para permitir el acceso a la licitación de los operadores económicos comunitarios y su omisión, en consecuencia, la omisión de uno de los trámites esenciales del procedimiento.

En tales términos, debe considerarse que la licitación se encuentra incurso en el supuesto de nulidad absoluta contemplado en el artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de aplicación al caso por remisión del artículo 32 a) TRLCSP.

Tal supuesto contempla la nulidad de pleno derecho de los actos “dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”, dentro del cual reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo considera que deben incluirse los casos de omisión de trámites esenciales del procedimiento.

Por todo ello, procede declarar la nulidad de pleno derecho del procedimiento cuya tramitación se ha iniciado mediante una convocatoria que adolece de un defecto esencial cual es la falta de la publicidad indispensable”.

Así las cosas, al advertirse esta causa de nulidad de pleno derecho del contrato adjudicado y del procedimiento de licitación, no resulta necesario examinar el resto de motivos de impugnación esgrimidos ni en el recurso 681/2015 ni en los demás recursos acumulados, si bien no podemos dejar de señalar que la incorrecta calificación del contrato ha provocado asimismo que se infrinja lo dispuesto en el art. 303.1 del TRLCSP en cuanto a la duración máxima de los contratos de servicios, ampliamente excedida por la prevista en el Pliego, lo que igualmente habría de resultar subsanado en el nuevo procedimiento de licitación que pudiera iniciarse como consecuencia de la anulación que se acordará.

En suma, procederá por las razones expresadas anular el acuerdo de adjudicación, y asimismo declarar la nulidad del procedimiento de licitación, al haberse incurrido en el reseñado vicio de nulidad de pleno derecho, lo que se traslada a todo el procedimiento, dada la esencialidad del vicio advertido, sin que resulte posible limitar la declaración de nulidad a concretas cláusulas del pliego. Tal y como ya indicábamos en nuestra Resolución nº 302/2011, de 14 de diciembre, en relación, asimismo, con la apreciación de un supuesto de nulidad radical ex 62.1.e) de la Ley 30/1992, en estos casos no resulta viable la retroacción de las actuaciones, pues subsistentes los vicios sustanciales del Pliego, el procedimiento de licitación ajustado al mismo devendría siempre nulo.

Octavo. Por último, si quiera brevemente hemos de indicar que el hecho de que por el recurrente que ha venido a invocar el motivo de nulidad de pleno derecho del procedimiento de licitación no hubiera recurrido previamente los Pliegos y, en consecuencia, se hubiera aquietado a ellos no supone un obstáculo para la estimación de sus pretensiones.

Esta cuestión se ha planteado ya, en diversas ocasiones ante este Tribunal. En la resolución nº 149/2015, en la que se planteaba precisamente si la naturaleza del contrato

de recogida de residuos afectado por el recurso era un contrato de servicios o de gestión de servicio público, este Tribunal señaló que *“habremos de abordar pues esta cuestión, sin que pueda erigirse en obstáculo para ello, como defiende el Ayuntamiento, el hecho de que no se impugnase en su día el PCAP, puesto que, como tiene reiteradamente declarado este Tribunal (por todas, Resolución nº 421/2014, de 30 de mayo), con apoyo en una consolidada doctrina jurisprudencial, los contratos son lo que son según su naturaleza con independencia de la denominación dada por las partes. Desde tal perspectiva, lo cierto es que, al margen de lo que se disponga en los pliegos, será la auténtica naturaleza del contrato la que determine tanto la procedencia de este recurso como, de ser el mismo admisible, el régimen jurídico tanto procedimental como sustantivo que haya de servir de marco de referencia para enjuiciar las cuestiones de fondo que se plantean. (...)”*.

En consecuencia, procede la estimación de este motivo de impugnación y por ende estimar el presente recurso.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. G.A.S., actuando en nombre y representación de la entidad mercantil URBASER,S.A., contra el acuerdo de adjudicación del contrato de “Gestión del servicio público de limpieza urbana, recogida y transporte de residuos sólidos urbanos (excluida la fracción de vidrio) y gestión del punto limpio, mediante modalidad de concesión” adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Riveira (A Coruña) el 5 de mayo de 2015, anulando dicho acuerdo de adjudicación y declarando la nulidad de pleno Derecho de todo el procedimiento de licitación pudiendo iniciarse un nuevo procedimiento en el que se corrijan las infracciones legales apreciadas.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento con arreglo a lo dispuesto en el artículo 47.4 del TRLCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.